

□ 주택건설사업자 행정처분내역

등록번호	업체명	대표자	소재지	위반사항	처분근거	처분내용
서울-주택 2016-0263	제이 트랜스(주)	강다울	구로구 구로중앙로60 제지하1층 제비104호 (구로동,대림오피스타워)	영업실적 등의 미제출 (1년간 같은 위반행위로 처분을 받은 경우)	주택법시행령 제18조제1항 별표1	영업정지1개월 (2018.12.01 ~ 2018.12.31)

상**훈**

‘제13회 대한민국 해외봉사상’정부포상 수여

소	속	성 명	훈 격
굿네이버스 인터내셔널 니제르지부		안 승 진	대통령표창
한국국제협력단		임 신 자	국무총리표창
씨빙프렌즈인터내셔널 네팔지부		김 일 환	국무총리표창
			2018. 11. 23. 수여

기**타**

시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서

제5조 제4항에 따른 자유권규약위원회의 견해

자유권규약위원회

사건번호 2273/2013*,**

진 정 인 :	안드레아 벤덤 (대리인: 변호사 벤자민 K. 와그너)
피 해 자 :	진정인
당 사 국 :	대한민국
진 정 일 :	2013. 7. 7. (최초제출일)
참 고 문 서 :	2013. 7. 18. 자료 당사국에 전달된 위원회 절차규정 제97호에 따 른 결정 (서면으로 발행되지 않음)
견해채택일 :	2018. 7. 12.
주 제 :	체류기간 연장을 위한 의무적 HIV 및 마약류 검사
절 차 쟁 점 :	국내 구제절차의 완료, 주장의 소명 정도, 제출권 남용
본 안 쟁 점 :	효과적 구제를 받을 권리, 법 앞의 평등, 사생활에 대한 권리, 국 적 및 인종에 근거한 차별
규 약 조 항 :	제2조, 제14조 제1항, 제17조, 제26조
선택의정서 조항 :	제2조, 제3조, 제5조 제2항 (b)호

* 자유권규약위원회 제123차 회기에서 채택된 견해(2018. 7. 2. ~ 27.)

** 본 진정 심리에 참석한 자유권규약위원회 위원 명단: Tania Maria Abdo Rocholl, Yadh Ben Achour, Ilze Brands Kehris, Sarah Cleveland, Ahmed Amin Fathalla, Olivier de Frouville, Christof Heyns, Bamariam Koita, Marcia Kran, Mauro Politi, José Manuel Santos Pais, Yuval Shany, Margo Waterval

1. 진정인 안드레아 벤덤(Andrea Vandom)은 1978. 9. 8. 출생한 미국 국민이다. 진정인은 당사국이 자유권규약 제2조, 제14조 제1항, 제17조, 제26조에 명시된 권리를 침해했다고 주장한다. 동 선택의 정서는 당사국에서 1990. 7. 10. 발효되었다. 변호사가 진정인을 대리하였다.

진정인이 제출한 사실

2.1 진정인은 2006년 3월 안성에 있는 사립대학 영어교사로 채용되었다. 진정인은 교육학 석사 학위와 캘리포니아 주 교원 자격증을 보유하고 있다. 미국에서는 어린이를 가르쳤으나, 한국에서는 대학생에게 영어를 가르쳤다.

2.2 법무부는 2007년 12월 15일 대한민국 국민이나 한국계 재외동포가 아닌 외국인 교사에 대하여 비자 승인 요건으로 의무적 HIV 및 마약류 검사 결과 제출을 요구하는 정책을 도입했다. 해당 정책에 따라 2단계 검증절차가 진행되었다. 첫 단계로, 원어민 교사가 당사국 밖에서 E-2 회화지도 비자에 지원할 때 “회화지도(E-2) 자격 사증신청자 건강확인서”라 불리는 설문지를 작성하여야 했다. 출입국 관련 법령에 따르면, 모든 외국인은 당사국 입국 90일 이내에 외국인등록절차를 완료해야 한다. 등록 시 E-2 비자소지자는 국내에서 의무적 HIV 및 마약류 검사 결과가 음성임을 나타내는 진단서를 발급받아 제출해야 한다. 외국인등록절차를 무사히 끝낸 E-2 비자소지자에게는 외국인등록증이 발급되지만, 의무적 HIV 및 마약류 검사에 통과하지 못한 외국인의 E-2 비자는 취소되며 해당 외국인은 강제 추방된다. 이미 대한민국에 거주 중인 기존 E-2 비자소지자가 비자를 연장할 때도 신체검사가 요구된다. 진정인의 주장에 따르면, 2007년 신규 E-2 비자 발급절차 도입 당시 해당 조치는 법적 지위가 없는 법무부 지침(policy memo)¹⁾에 지나지 않았다. 2009. 4. 4. 출입국관리법 시행규칙 제76조 제1항 개정 전까지는 해당 정책이 출입국 관련 법령으로 공포된 바 없다는 것이다. 직장 내 동등한 근로조건을 향유할 권리는 해당 권리에 대한 제한이 가능한 경우일지라도 헌법에 따라 국회에서 통과된 법률에 의할 때에만 제한할 수 있고 단순히 행정규칙으로는 제한할 수 없다는 헌법재판소 결정²⁾을 진정인은 제시했다. 법무부 지침을 근거로 규제를 가할 수 있는지 여부에 관한 문제 제기에 대하여 법무부는 동 지침은 법무부가 정부를 대표하여 발표한 것이므로 해당 지침에 충분한 법적 권한이 있다는 입장을 밝혔다. E-2 비자 신청 및 연장 시 HIV 및 마약류 검사 결과 제출을 요구하는 조치가 시행되면서, 2만여 명에 달하는 원어민 교사가 의무적 HIV 및 마약류 검사를 받게 되었으며, 그 중 다수가 수년 간 대한민국에 거주하며 일해 온 교사들이다.

2.3 국적이 대한민국인 교사들은 의무적 HIV 및 마약류 검사 대상에서 제외된다. 한국계 외국인의 경우 대한민국 국적이 아님에도 검사 대상에서 제외된다. 한국계라는 사실로 인해 “재외동포”라는 법적 지위를 부여받으며, 이에 따라 의무적 HIV 및 마약류 검사가 요구되지 않는 F-4 비자를 받을 수 있기 때문이다.

2.4 진정인은 당사국이 E-2 비자 정책을 입안한 목적이 외국인 교사의 도덕성에 대한 부정적 인식을 고착하기 위함이라 주장한다. 해당 정책의 효과로 외국인 교사가 언론에서 잠재적 범죄용의자로 취급되고, 한국인·재외동포 동료 교사와 구별되기 시작하였다. 당사국 정부의 진술은 당사국의 검사 요구가 공중보건에 대한 우려, 우발적 전염에 대한 공포, 감염경로에 대한 대중의 무지 때문이 아닌 순전히 상징적인 이유 때문이라는 것을 보여준다.

1) 당사국은 진정의 심리적격성 및 본안에 관한 의견에서 법무부 지침에 대한 올바른 번역이 “policy memo”가 아니라 “guidelines”라 주장한다.

2) 헌법재판소 2007. 8. 20. 선고 2004헌마670 결정

2.5 2009년 2월 27일 진정인은 수원출입국관리사무소에서 E-2 비자를 갱신하고자 하였다. 사무소 직원은 30일 임시체류 허가 도장을 찍어주면서, 비자를 연장하려면 국내에서 시행한 의무적 HIV 및 마약류 검사 결과를 포함한 건강확인서를 지참하여 재방문해야 한다고 안내했다. 2009년 3월 25일 진정인은 의무적 HIV 및 마약류 검사가 차별적이며 사생활에 대한 권리와 인간의 존엄에 대한 권리를 침해하는 것으로 판단되므로 검사를 거부한다는 서면 진술을 제출했다. 사무소 직원은 진정인의 진술을 읽고, 체류기간을 1년 연장해주었다.

2.6 2009년 3월 30일과 31일 출입국관리사무소는 전화와 고용주인 대학 측을 통해 진정인에게 연락하여 체류기간 연장이 착오였다고 신체검사를 요청했다. 신체검사를 거부하면 비자 취소, 체포, 해고를 당할 것이라는 말도 했다. 2009년 4월 1일 출입국관리사무소 직원이 전화로 연락하여 진정인이 검사 의무를 이행하지 않아 체류 연장을 즉각 취소한다고 통보했다.

2.7 2009년 4월 10일과 29일 출입국관리법 위반 혐의와 관련하여 출입국관리사무소에 출석하라는 소환장이 진정인에게 송부되었다. 변호인의 조언에 따라 진정인은 두 번 다 출석하지 않았다. 2009년 4월 30일 출입국관리사무소는 진정인을 고용한 대학 측에 “계속 학생을 가르치려면 검사 결과를 제출하라”고 지시하라는 내용의 공문을 보냈다. 대학 측은 신체검사 요구에 따르라고 진정인을 압박했다. 진정인은 대학 측으로부터 HIV감염·마약복용 검사 결과를 제출하지 않으면 교사직 계약을 종료하겠다는 말을 들었다. 일자리를 잃는다 하더라도 검사 결과를 제출하지 않을 것이라고 하자, 대학 측에서는 진정인이 비협조적으로 나와서 동료 원어민 교사들의 일자리까지 위태로워진다고 말했다. 대학 관계자들은 진정인이 검사 결과 제출을 거부하여 문제를 일으켰고, 이것이 다른 원어민 교사들에게까지 피해를 줄 것이라는 말도 퍼뜨렸다. 대학 측의 압박을 느낀 진정인은 2009년 7월 중순 사직서를 제출한 뒤 2009년 7월 31일 대한민국에서 출국했다. 신분증을 넘겨주는 등 정당한 출입국 절차를 밟아 출국했음에도 불구하고 언론은 “출입국관리당국이 진정인을 수배하고 있다”고 설명한 정부관계자의 말을 인용했다.

2.8 출국 전에 진정인은 국가를 상대로 헌법소원을 청구했다. 헌법소원의 주요 쟁점은 출입국관리사무소가 출석을 요구한 행위, 출입국관리사무소가 진정인의 근로 장소로 공문을 송부한 행위, 출입국관리법 시행규칙 제76조 제1항의 의무적 HIV 및 마약류 검사 결과 제출 요건이 진정인의 기본권을 침해하였는지 여부이다. 2011. 9. 29. 헌법재판소는 진정인의 헌법소원을 각하하였다. 헌법재판소는 수원출입국관리사무소장 명의로 된 두 건의 요청에는 의무적 HIV 및 마약류 검사 결과를 제출하라는 언급이 없으며, 단순히 진정인의 출석을 요구하는 내용이라고 실시하였다. 차후 검사 결과를 제출하라는 요청이 있을 것으로 짐작은 가능하나, 실제로 검사 결과 제출 의무는 출석요구가 아닌 별도의 제출요구행위에 의하여 발생한다는 것이다. 또한 헌법재판소는 출입국관리사무소가 진정인이 근무하던 대학에 공문을 발송한 행위와 관련하여 출입국관리소는 대학 측으로 하여금 출입국관리소 출석에 대하여 안내 또는 조언을 할 것을 요청한 것뿐이며, 공문의 수신자 역시 진정인 본인이 아니라 대학 측이었음을 확인했다. 헌법재판소는 공문의 발송행위만으로는 검사 결과 제출을 강제하는 법적 효력이 없으며, 따라서 출입국관리사무소가 취한 조치 역시 진정인의 기본권을 침해하는 정부의 권한 행사라 볼 수 없다는 결론을 내렸다. 출입국관리법 시행규칙 제76조 제1항은 사증발급 시 사증신청자의 건강확인서에 HIV 감염 여부와 불법약물 사용 정보가 포함되어 있어야 한다고 규정하고 있다는 점

또한 지적했다. 진정인의 경우 이미 E-2 비자로 입국한 상태에서 체류기간 연장만을 신청했기 때문에 제76조 제1항의 적용 대상이 아니다. 따라서 의무적 HIV 및 마약류 검사를 요구하는 시행규칙에 이의를 제기할 근거가 없다. 헌법재판소는 진정인이 헌법소원의 대상을 잘못 지정했다고 판단했다. 진정인은 2009. 2. 27. 수원출입국관리사무소에 1년 체류연장을 신청했다. 사무소 직원이 잠정적으로 연장신청을 허가한 이후 출입국관리소에서는 2009. 3. 30까지 건강진단서를 제출해서 서류를 보충하라고 요구했다. 헌법재판소는 직권으로 헌법소원 대상을 변경하여 위헌성을 심사하려 하였으나, 권리침해를 인식한 날로부터 90일 이내, 즉, 제소기한 내에 변경이 불가능하다는 점을 확인한바 심판대상을 직권변경하여 심판할 실익이 없다고 판단하였다.

진정

3.1 진정인은 당사국이 자유권규약 제2조, 제14조, 제17조, 제26조로 뒷받침되는 진정인의 권리를 침해했다고 주장한다. 진정인은 인권보호가 에이즈 예방의 핵심이라고 주장한다. 진정인은 국외여행객에 대한 어떠한 검사 절차도 HIV 감염의 확산과 유입을 예방할 수 없으며³⁾, 의무 검사 도입 등 개인의 권리를 제한하는 조치가 공중보건 증진에 도움이 된다는 논리적 근거가 없다⁴⁾는 세계보건기구(WHO)의 성명서와 보고서를 제시했다. 진정인은 국제노동기구(ILO) 권고 제200호를 제시했다. 해당 권고의 내용은 어떠한 근로자에게도 HIV 검사를 요구하거나 HIV 감염 여부 공개를 의무화해서는 안 된다는 것과 실제 HIV 감염인이거나 HIV 감염인으로 보인다는 것을 근거로 혹은 HIV 감염에 더 취약하거나 감염 위험이 더 높은 것으로 알려진 지역이나 집단에 속한다는 사실로 근로자, 특히 구직자를 차별하거나 이들에게 낙인을 찍어서는 안 된다는 것이다.⁵⁾

3.2 진정인은 의무적으로 HIV 검사를 요구하는 당사국의 정책이 자유권규약 제2조와 제26조에 명시된 차별 없이 대우받을 권리를 침해한다고 주장한다. 진정인은 해당 정책이 국적과 인종을 근거로 한 용납할 수 없는 차별이라 주장한다. 이는 원어민 교사에 대한 반감에서 비롯된 정책으로, 의도적으로 차별을 조장하며, 적법한 근거가 없고, 합리적 필요로 정당화하기 어렵다는 것이다. 이른바 고위험군 집단이라 하여 비한국계 외국인 교사에게만 의무검사를 요구하는 정책은 진정인을 HIV 양성이라고 추정하는 것이나 다름없다는 주장이다. 진정인은 당사국이 실제 HIV 감염인에 대하여 고용 대상에서 제외, 고용 해지, 비자 취소, 국외추방 등 차별적 대우를 한다고 주장한다. 진정인이 HIV 양성일 것이라 전제한 HIV 의무검사 정책 때문에 진정인이 위에 나열한 차별적 대우에 직면하게 되었다고 주장한다.

3.3 진정인은 HIV 의무검사 정책이 자유권규약 제17조에 명시된 사생활에 대한 권리를 자의적이고 비합리적으로 침해한다고 주장한다. HIV 검사 정책과 당사국의 정책 집행이 다음과 같은 점에서 진정인의 사생활을 침해한다는 것이다. 진정인은 HIV 감염 여부를 당사국에 공개하도록 요구받았다. 당

3) WHO 에이즈 특별 프로그램(World Health Organization Special Programme on AIDS) 1987. 3. 2. ~

3. 국제여행과 HIV 감염에 관한 자문 보고서(Report of the Consultation on International Travel and HIV Infection)

4) 1992. 5. 4. ~ 14. 제네바 제45회 세계보건총회(WHA) 에이즈 예방 및 통제에 관한 글로벌 전략(Global Strategy for the Prevention and Control of AIDS)

5) 2010. 7. 6. 국제노동기구(ILO, International Labour Organization) 권고200호 노동계와 HIV/AIDS에 관한 권고

사국은 건강확인서 제출을 출입국관리법 시행규칙으로 공포하기 전 법무부 지침을 근거로 진정인에게 HIV 검사를 강제하려 했다. 당사국은 진정인의 고용주에게 진정인에 대한 보고서를 송부했고 고용주로 하여금 진정인이 검사를 받도록 압력을 가하게 했다. 당사국은 전화를 걸어 강제출국과 비자취소로 진정인을 위협했다. 당사국은 공식 발표를 통해 진정인을 지명 수배했으며, 비자가 더 이상 유효하지 않음을 알렸다.

3.4 진정인은 의무적 마약복용 검사 정책과 시행규칙이 자유권규약 제2조, 제17조, 제26조에 명시된 차별 없는 대우와 사생활에 대한 권리를 침해한다고 주장한다. HIV 의무검사와는 달리 마약복용 검사의 경우 안전 민감 직종에 종사하는 근로자 등을 고려할 때 특정 상황에서는 직무 필요성에 의거 그 당위가 인정될 수 있다는 점을 진정인도 인지한다. 그러나 일반적으로 교직은 의무적 마약복용 검사가 필요한 안전 민감 직종으로 간주되지 않는다는 것이 진정인의 주장이다. 진정인은 한국인·재외동포 교사는 마약복용 검사 정책의 대상이 아니라는 점도 지적한다. 국제노동기구의 ‘작업장 내 음주 및 약물 문제 관리에 관한 행동규약’에 따르면, 음주 및 약물 관련 정책과 프로그램은 관리자와 근로자를 포함한 전 직원에게 동등하게 적용되어야 하며, 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 입장, 국적, 사회적 배경을 근거로 차등을 두어서는 안 된다.⁶⁾ 진정인은 마약복용 검사 정책의 차별적 적용이 자유권규약 제2조와 제26조에 명시된 권리를 침해하는 것이라고 주장한다. 마약복용 검사는 몸수색 요건을 구성하므로 규약 제17조로 보장되는 권리에 대한 불법적이고 자의적인 간섭에 해당한다고 주장한다.

3.5 본안을 검토하지 않고 진정인의 헌법소원을 각하한 것에 대하여 진정인은 헌법재판소가 규약 제2조 제2-3항, 제14조, 제26조 하의 권리를 침해한 것이라고 주장한다. 재외동포가 제기한 비슷한 헌법소원은 실질적으로 검토한 반면, 진정인이 제기한 헌법소원에 대해서는 실질적 검토를 거부함으로써 헌법재판소가 규약 제26조에 명시된 평등하고 효과적인 법적 보호를 받을 권리를 침해하였다고 주장한다.⁷⁾ 진정인은 위 사건의 재외동포의 주장과 진정인 본인의 주장이 상당 부분 유사하다고 하면서, 당사국 국적의 시민에 비해서뿐만 아니라 여타 외국인에 비해서도 차별적 대우를 받았다고 주장한다.

심리적격 및 본안에 대한 당사국의 의견

4.1 당사국은 2014. 4. 23. 진정서의 심리적격성과 본안에 대한 답변서 제출을 통해 진정인의 진정만 보아서는 피진정인의 어떤 행위가 규약 위반을 구성한다는 것인지 매우 모호하다는 의견을 밝혔다. 진정인은 관련 정책이나 법령의 폐기 또는 개정은 제대로 적시하지 않은 채 언론 보도나 신원이 확인되지 않은 개인의 의견을 제시하여 규약 위반이라는 주장을 펴고 있다. 또한 진정인은 국문 용어를 영문화하는 과정에서 출입국관리사무소의 “출석 요구”를 “소환”이라 번역했다. 당사국은 “소환”이라는 용어로 인해 요청 불이행 시 법적 강제력이 발효되는 것으로 그 의미가 곡해될 소지가 있다고 보았다. 진정인이 주장을 입증하는 데 실패했으므로 결론적으로 이것은 일종의 남용적 진정에 해당한다는 의견이다.

6) 1999. 7. 25. 국제노동기구(ILO) 작업장 내 음주 및 약물 문제 관리에 관한 행동규약(Code of Practice: Management of Alcohol and Drug-related Issues in the Workplace)

7) 진정인이 제시한 2001. 11. 12. 헌재결정 99헌마494. 미국, 캐나다, 일본 국적의 재외동포와 마찬가지로 중국인 재외동포 역시 F-4 사증 발급 대상이나, 중국인이라는 이유로 대한민국 정부가 차별적으로 해당 사증에 대한 자격을 박탈했다. 헌법재판소는 대한민국 정부가 평등권과 인간존엄성에 대한 권리를 침해했다고 판단하여 진정인의 손을 들어주었다.

4.2 당사국은 선택의정서 제5조 제2항 (b)호에 의거 진정인이 국내구제절차를 완료하지 않았으므로 진정이 각하되어야 한다는 의견을 제출했다. 법무부 지침이 그 자체로 권리를 제한하는 법적 효과가 있다는 진정인의 주장에 대하여 당사국은 법무부 지침은 원칙적으로 내부 지침에 불과하며 개인의 권리를 제한하는 법적 효과가 없다고 밝혔다. 진정인에게 적용된 지침이 권리를 침해했다고 판단하였다면 진정인은 해당 법무부 지침이 헌법에 위반된다는 취지의 헌법소원을 제기할 수 있었을 것이다. 그러나 진정인이 2009년 헌법재판소에 제기한 헌법소원은 법무부 지침에 대한 것이 아니라 출입국관리사무소가 출석을 요구한 행위와 출입국관리법 시행규칙 제76조 제1항에 대한 헌법소원이었다. 이에 대해 출입국관리사무소의 출석 요구는 진정인이 주장하는 신체검사서 제출 의무와는 관계가 없어 진정인의 권리를 침해하는 공권력의 행사가 처음부터 없었고, 진정인과 같이 이미 사증을 발급받아 입국한 상태에서 체류기간 연장허가신청을 하는 경우는 출입국관리법 시행규칙 상의 건강확인서 제출 의무 적용 대상이 아니므로 진정인의 헌법소원이 소원의 대상이 되지 않아 각하되었다는 것이 당사국의 지적이다.

4.3 당사국은 진정서의 본안에 대하여 국제법상 외국인의 입국 규제 시 범죄기록, 출입국 규정 위반, 국가안보, 공중보건, 불법취업 우려, 경제적 사유 등을 근거로 당사국의 재량이 폭넓게 인정된다고 주장한다. 90일을 초과하여 체류를 신청한 외국인 중 일부에게 HIV 검사가 포함된 신체검사결과서 제출을 요구하는 것은 공중보건과 공공질서 유지라는 정당한 사유에 해당한다고 볼 수 있다는 의견이다. HIV 검사가 포함된 신체검사결과서 제출이 요구되는 체류자격은 회화지도(E-2), 예술홍행(E-6), 선원취업(E-10), 기술연수(D-3), 특정활동(E-7), 비전문취업(E-9) 등 업무 환경이 제한되어 있거나 미성년자와의 접촉을 수반하는 직군으로만 한정된다. 동 규정은 위에 해당하는 사증 신청자에게 모두 동일하게 적용되므로, 사실상 차별적이라고 보기 어렵다.

4.4 또한 당사국은 입국 허가를 받아 체류 상태에 있는 외국인에 대해서는 HIV 감염이나 마약복용 검사 결과 제출 의무를 부과하고 있지 않으며, 자발적 상담과 검진을 권장하고 있을 뿐이라고 밝힌다. 진정인은 재외동포 원어민 강사와 달리 건강진단서 제출을 요구받음으로써 차별 대우를 받았다고 주장하나, 이는 사실과 다르다. 회화지도(E-2) 사증 발급 대상 외국인은 한국계 외국인이라 하더라도 동일한 검사를 받아야 한다. 다만, 한반도의 역사적 경험에 따라 부여되는 재외동포(F-4) 사증은 ‘대한민국의 국적을 보유하고 있던 자로서 외국국적을 취득한 자’와 ‘부모의 일방 또는 조부모의 일방이 대한민국의 국적을 보유하고 있던 자로서 외국국적을 취득한 자’에게만 발급되는 것으로 일반적인 외국인 범주로 처우할 수 없으므로 이들에 대해 특례를 인정한다 해도 그것은 합리적 이유가 있는 것으로 평가되어야 한다.

4.5 규약 제17조 위반이라는 진정인의 주장에 대하여 당사국은 진정인에 대한 건강검진 서류 요청은 출입국관리법에 따른 법무부 지침에 근거한 행위로서 법률상 근거가 없는 불법적인 요청이라고 볼 수 없다고 밝힌다. 공중보건과 공공질서 유지를 위해 외국인의 출입국을 관리한다고 하는 객관적이고 정당한 목적에 상응하는 조치라는 것이다. 교육을 담당하고 학생들과 직접 소통하는 사람이라는 점에서 교사에게는 더 높은 직업적 기준이 요구되는바 여타 체류 자격과 달리 신체검사서가 요구된다. 당사국은 소변과 혈액 검사를 통해 적절한 방법으로 검사를 수행하고 있으며, 개인 민감 정보 유출을 방지하기 위한 조치를 취하고 있다. 따라서 E-2 비자신청자에 대한 HIV 및 마약류 검사의 필요성과

비례성이 인정되어 규약 17조의 위반을 구성하지 않는다는 의견이다.

4.6 헌법재판소의 각하 결정이 규약 제2조, 제14조, 제26조를 위반했다는 진정인의 주장에 대해서도 당사국이 의견을 밝혔다. 진정인이 공정한 재판을 받을 권리에 있어 차별을 받았다는 주장을 뒷받침하기 위해서는 첫째, 헌법재판소가 법 앞에 평등할 권리를 부정했거나, 둘째, 외국인이라는 지위 때문에 재판절차와 과정에 있어서 불이익을 받았음이 입증되어야 할 것이다. 그러나 헌법재판소는 진정인의 기본권 주체성을 인정하여 헌법소원을 판단하였다. 헌법재판소는 권리구제를 위하여 청구대상 지정의 잘못을 직권으로 시정할 필요성에 대해서도 검토하였으나 그마저도 진정인이 권리침해의 사유를 안 날로부터 90일 이내에 헌법소원을 청구하지 않았으므로 헌법소원의 제기 자체가 잘못되어 검토되지 못한 것이라는 점을 지적한다.

4.7 당사국은 출입국 관련 법제 개정에 관한 정보를 제공하였다. 외국인의 출입국과 관련하여 법무부는 2010년 ‘회화지도(E-2) 사증발급 및 체류관리지침 일부개정(안)’이라 하는 개정 지침을 내놓았다. 동 지침 하에서는 HIV 감염이 확인되더라도 그것만으로 사증발급을 거부하거나, 체류기간 연장허가를 무효화하거나, 강제추방을 명할 수 없고, 개별 사안에 대하여 제반 사정을 고려하여 사증발급이나 체류기간연장을 별도로 판단한다. 당사국은 본 사건을 심리함에 있어 이와 같은 변화를 고려해야 할 것이라는 의견을 개진한다.

당사국 답변서에 대한 진정인의 의견

5.1 2015. 1. 14. 진정인은 당사국의 답변서에 관한 의견을 제출했다. 진정인은 진정에 심리 적격성이 있으며 규약의 위반을 구성하는 당사국의 조치와 미조치를 명확히 밝혔다는 입장을 고수하고 있다. 진정인은 2013. 7. 7. 제출한 서면을 제시하여 2007년 법무부 지침에는 ‘회화지도(E-2) 강사 자기 건강확인서’라는 별첨 양식이 있었음을 지적하면서 해당 문서로 인해 국내에서의 HIV 및 마약류 검사가 의무화되었다고 주장한다. 진정인은 법무부에서 2007. 12. 10. 영문으로 발간한 ‘원어민 회화지도(E-2) 사증제도 개선 안내’를 언급한다. 이미 대한민국에 체류 중인 회화지도(E-2) 비자소지자가 체류연장허가 신청을 하려면 건강확인서를 제출해야 하며, 회화지도(E-2) 사증을 신규로 발급받은 원어민 강사는 출입국관리사무소에 외국인등록 시 건강진단서를 제출해야 한다는 내용이 있었다는 것이다.

5.2 2009년 4월 10일과 29일 출입국관리사무소가 진정인에게 송부한 문서에 관한 당사국의 주장과 관련하여 진정인은 문서를 번역한 것은 진정인 본인이 아니라 출입국관리사무소였으며 해당 문서를 소환장이라 칭한 것 역시 출입국관리사무소였다고 지적한다.

5.3. 진정인은 모든 국내구제절차를 완료하였다는 입장을 고수한다. 진정인이 제기한 헌법소원이 법무부 지침에 대한 것이 아니라 출입국관리법 시행규칙에 대한 것이었기 때문에 소원의 대상이 되지 않아 각하하였다는 당사국의 주장에 대하여 진정인은 당사국의 논지가 부정확하다고 말한다. 의무 검사요건이 시행규칙으로 제정되기 전에는 법무부 지침을 근거로 건강확인서 제출 요구를 받았고, 제정 후에는 시행규칙을 근거로 동일한 요청을 받았다는 것이 진정인이 헌법재판소에 제기한 주장이었다는 것이다. 또한 법무부 지침과 시행규칙에 사용된 용어가 동일한데, 과연 법무부 지침을 소원의 대상으로 삼았다고 하여 헌법소원이 인용될 가능성이 있었는지에 대하여 당사국이 제대로 설명하지 못하였다고 주장한다.

5.4 본안에 대한 당사국의 의견에 관하여 진정인은 2013. 7. 7. 제출 서면을 강조한다. 민감 정보의 유출을 방지하기 위해 E-2 비자소지자의 의료정보를 관리한다는 당사국의 주장에 대하여, 진정인은 해당 정보가 어떻게 처리되고, 저장되고, 보관되는지 혹은 필수적인 보호조치가 도입되어 있는지 여부에 관하여 당사국은 어떠한 정보도 제공하지 않았음을 지적한다.

진정인의 추가 서면 제출

6.1 2016. 9. 21. 추가 서면 제출을 통하여 진정인은 2016년 당사국이 자유권규약위원회에 제출한 제4차 정기보고서에서 대한민국 국가인권위원회가 'E-2 비자소지자에 대하여 여전히 의무적 HIV 검사가 요구됨'을 확인하였음에 주목한다.⁸⁾ 'L.G. 대 대한민국' 사건에서 내국인이나 재외동포에게는 HIV 및 마약류 검사 의무를 부과하지 않으면서 외국인 강사에 대해서만 의무검사를 요구하는 관행은 인종차별에 해당한다는 판단을 내린 유엔 인종차별철폐위원회의 결정 또한 언급한다.⁹⁾

6.2 2016. 12. 1. 진정인은 유엔에이즈계획(UNAIDS) 사무국의 보고서(brief)를 제출했다. UNAIDS 사무국은 다음과 같은 견해를 표명했다. HIV 감염 외국인 일괄 추방 등과 같이 HIV와 관련하여 HIV 감염인의 입국, 체류, 거주에 대하여 어떠한 형태로든 제재를 가하는 행위는 국제인권의무에 위배된다. HIV 양성 판정을 받은 개인에 대한 일괄 추방 명령뿐만 아니라 특정 인구 집단에 대한 의무적·강제적 HIV 검사 역시 HIV 대응에 해로운 영향을 끼친다. 이동성이 높은 환경에서 공중보건을 증진하는 가장 효과적인 접근방식은 내외국인 구분 없이 모든 이들에게 예방, 치료, 관리, 지원에 대한 접근성을 보장하여 자발적인 HIV 검사와 상담을 권장하는 것이다.

6.3 UNAIDS 사무국에서는 당사자의 사전 동의 없는 검사를 일컬어 강제적 HIV 검사라 한다. WHO와 UNAIDS에 따르면 개인에 대한 직접 검사를 수반하지 않는 형태의 검사만을 사전 동의 없이 허용할 수 있다.¹⁰⁾ 유엔 조약기구에서는 국제법상 실제 HIV 감염 여부 혹은 HIV 감염인 것으로 간주되는 상태 등을 포함하여 건강상태가 차별금지사유에 포함된다는 점을 인정했으며¹¹⁾, 개인의 국가 간 이동이 활발한 현 상황에서, HIV 관련 여행제재에 대한 국제 태스크포스(International Task Team on HIV-related Travel Restrictions)는 HIV 감염을 근거로 한 입국, 체류, 거주에 대한 제한은 그 자체로 HIV 감염인에 대한 차별적 대우이자 법 앞의 불평등에 해당한다는 판단을 내렸음을 지적한다.¹²⁾ 추가 제출 서면에서 진정인은 HIV가 공기 입자나 일상 접촉을 통해 감염되지 않는다는 것은 주지의 사실이라는 점을 강조한다. HIV 감염 경로는 구체적으로 특정되어 있다. HIV 양성 판정을 받은 사람과의 피임기구를 사용하지 않은 성관계, HIV에 오염된 바늘·주사기·혈액·혈액제제 주입, HIV 양성 판정을 받은 산모의 자궁 내 태아의 감염, 분만 중 감염, 수유를 통한 감염이 그 경로다. 따라서

8) 유엔 자유권규약 제4차 국가보고서 심의 관련 국가인권위원회 독립 보고서 쟁점 19-1

9) L.G. 대 대한민국 (CERD/C/86/D/51/2012)

10) 2012 WHO HIV 감염 검사와 상담에 관한 성명, WHO 및 UNAIDS 의무적 HIV 검사에 대한 반대 성명

11) 1989. 11. 10 채택된 자유권규약위원회의 차별금지에 관한 일반논평 제18호 문단 7 및 135, 2009

사회권규약위원회(CESCR)의 차별금지에 관한 일반논평 제20호 문단 33, 2016 사회권규약위원회의

일반논평 제22호, L.G. 대 대한민국 진정사건(CERD/C/86/D/51/2012), 여성차별철폐위원회(CEDAW) 2014.

3. 10. 카타르의 제1차 국가보고서에 대한 최종견해(CEDAW/C/QAT/CO/1) 문단 40(b),

이주노동자보호위원회(CMW) 2014. 5. 2. 필리핀의 제2차 국가보고서에 대한 최종견해(CMW/C/PHL/CO/2)

문단 11

12) UNAIDS 2008. 12. HIV 관련 여행제재에 대한 국제 태스크포스 보고서 문단 45

HIV는 국제보건규약에 의거하여 이동 제한을 적용할 수 있는 건강상태에 해당하지 않는다.¹³⁾ 세계 각지에서의 30여 년 간의 HIV 관련 경험에 비추어 볼 때 의무적 HIV 검사와 같은 강압적인 형태의 HIV 검사는 HIV 대응에 직접적이고 부정적인 영향을 끼친다.¹⁴⁾ 의무적 HIV 검사는 주로 이주자를 포함한 취약·소외계층을 대상으로 하기 마련이며, 의무검사로 인해 공중보건의 증진되었다는 증거는 없다. 오히려 이런 관행으로 인하여 공중보건에 부정적인 영향이 있었음을 강조하는 연구나 전문가가 있다.¹⁵⁾ 추가 서면을 통해 진정인은 외국인에 대한 의무적 HIV 검사로 인해 HIV가 주로 외국인을 통해 전염되며, HIV 양성 판정을 받은 외국인의 입국, 체류, 거주를 제한하는 것이 HIV 해결에 필요하고 충분하다는 잘못된 인식을 고착화한다는 점이 특히 우려스럽다고 말한다. UNAIDS 사무국은 외국인을 대상으로 하는 것을 포함하여 각종 의무적 HIV 검사가 인권을 침해하고, HIV 프로그램의 효과성을 떨어뜨리며, 내국인끼리는 안전하다는 착각을 조장하여, 결과적으로 에이즈 예방 노력을 저해한다고 본다. UNAIDS 사무국은 다음을 강조한다. 효과적으로 HIV에 대응하기 위해서는 HIV 프로그램 이행에 있어 자기결정권을 존중하고 사전에 동의를 구하는 등의 인권보호가 꼭 필요하다. 따라서 각국은 HIV 검사를 비롯한 각종 HIV 대응 노력에 있어 자발적이고, 차별이 없고, 권리를 기초로 하는 접근방식을 취해야 한다.

6.4 2016. 12. 1. 제출 서면에서 진정인은 ‘L.G. 대 대한민국’ 사건¹⁶⁾에 대한 유엔인종차별철폐위원회의 결정에 따라 2016. 9. 8. 국가인권위원회가 회화지도(E-2) 사증 소지자에 대한 HIV 의무검사에 대한 의견을 표명한 데 대해 부연하였다. 국가인권위원회는 내국인 교사나 한국계 외국인 강사에게는 HIV 및 마약류 검사 의무가 부과되지 않으나 E-2 비자소지자인 외국인 강사에 대해서만 의무검사가 요구됨을 확인하였다. 국가인권위원회는 의무검사 관행이 헌법 제11조와 규약 제26조에 의거 인종차별을 구성하며, 나아가 의료기록에 근거한 차별적 행위를 구성할 수 있는 것으로 판단했다.

6.5 2017. 7. 26. 추가 제출 서면에서 진정인은 2017. 7. 8. 법무부가 회화지도(E-2) 사증 소지자에 대한 의무적 HIV 검사 요건을 폐지했다고 발표하였으나, 국내에서의 의무적 마약복용 검사 요건은 아직 유지되고 있다는 점을 지적한다.

쟁점 및 위원회의 심리 절차

심리적격 심사

7.1 진정에 포함된 청구를 심리하기 전에 위원회는 절차규정 제93조에 따라 자유권규약 선택의정서에 따른 심리적격 여부를 결정해야 한다.

7.2 위원회는 선택의정서 제5조 제2항 (a)호에서 요구되는 바에 따라 동일한 문제가 여타 국제 조사나 해결 절차 하에 검토 중이 아니라는 것을 확인했다.

7.3 위원회는 선택의정서 제5조 제2항 (b)호에 의거하여 국내구제절차가 완료되지 않았으므로 진정이 각하되어야 한다는 당사국의 의견을 참작한다. 위원회는 진정 대상 사건과 관련한 당사국의 구제절차가 외견상 실효성이 있고, 진정인이 해당 절차를 실질적으로 이용할 수 있었던 경우라면, 선택의정서 제5조 제2항 (b)호의 요건에 따라 진정인이 모든 국내구제절차를 완료하여야 한다는 위원회 결정례

13) 2005 WHO 국제보건규약(3쇄)

14) UNAIDS 및 OHCHR, 2006 HIV/AIDS와 인권에 대한 국제지침(2006 합본)(HR/PUB/06/09) 문단 96

15) UNAIDS 2008. 12. HIV 관련 여행제재에 대한 국제 태스크포스 보고서 문단 35

16) L.G. 대 대한민국 (CERD/C/86/D/51/2012)

취지를 재확인한다. 당사국은 2007년 법무부가 발표한 지침에 대하여 진정인이 헌법소원을 제기할 수 있었을 텐데 그렇게 하지 않았다고 주장한다. 2011. 9. 29. 각하되기는 하였으나 진정인은 당사국에서 출국하기 전 헌법소원을 제기했다. 헌법재판소 결정문을 보면, 소원의 쟁점은 출입국관리사무소에서 출석을 요구한 행위, 출입국관리사무소가 진정인의 근로 장소로 서한을 송부한 행위, 출입국관리법 시행규칙 제76조 제1항의 에이즈감염 및 마약복용 여부 의무검사 결과 제출 요건이 진정인의 사생활에 대한 권리, 평등권, 인간존엄을 침해하였는지 여부이다. 출입국관리법 시행규칙 제76조 제1항의 의무검사 요건에 대하여 진정인이 헌법소원을 제기한 바 있고, 시행규칙의 해당 조문과 법무부 지침에 사용된 표현이 동일하다는 진정인의 주장에 대하여 당사국이 반박하지 않았음을 감안할 때 위원회는 선택의정서 제5조 제2항 (b)호에 준하여 본 사건이 심의에서 배제되지 않는다고 판단한다.

7.4 위원회는 당사국의 어떤 조치 혹은 미조치가 진정인의 권리를 침해하였다는 것인지 진정인이 특정하지 못하였고, 2009년 4월 10일과 29일 출입국관리사무소에서 송부한 서한에 대한 진정인의 번역이 적확하지 않으므로, 이것이 진정권 남용에 해당한다는 당사국의 주장에 주목한다. 해당 문건 번역시 “소환장(summon)”이 아니라 “출석 요구(requests to appear)”라는 용어를 사용했어야 한다는 것이다. 다만, 위원회는 문제의 문서가 처음부터 국문본과 영문본 두 부로 작성되었으며, 영문본에 “소환장”이라 표기되어 있었다는 점에 주목한다. 진정인이 주장을 충분히 입증하지 못했다는 당사국의 의견에 대하여 위원회는 진정인의 주장에 주목하여, HIV 및 마약복용 검사 정책이 동등한 대우를 받을 권리와 사생활에 대한 권리를 침해했으며, 이로 인하여 진정인이 일자리를 잃었고 당사국에서 출국해야 했다는 점을 인정한다. 이와 같은 관점에서 위원회는 동 쟁점이 규약 제2조 제1항과도 관계가 있으나, 규약 제17조와 제26조에만 비추어 보더라도 진정인이 심리적격에 관한 주장을 충분히 입증한 것이라고 본다.

7.5 위원회는 헌법재판소가 본안에 대한 판단 없이 진정인의 소원을 각하함으로써 규약 제2조 제2-3항, 제14조, 제26조에 보장된 권리를 침해하였다는 진정인의 주장에 주목한다. 그러나 위원회는 진정인이 공정한 재판을 받을 권리를 부정당했다거나, 법 앞에 평등할 권리를 부정당했다거나, 국적이나 인종을 근거로 재판절차에 있어서 불이익을 받았다는 결론을 내릴만한 정보를 제공하지 못하였음을 지적한다. 따라서 위원회는 동 진정의 관련 부분은 선택의정서 제2조에 의거 심리부적격으로 판단한다.

7.6 동 진정의 심리적격에 관하여 더 이상의 이의가 없으므로, 본 위원회는 규약 제17조와 제26조 및 제2조 제1항에 의거한 동 진정이 심리적격이 있는 것으로 판단하고 본안에 대한 심사를 진행한다.

본안에 대한 심사

8.1 자유권규약위원회는 선택의정서 제5조 제1항에 따라 양 당사자들이 제공한 정보에 근거하여 동 진정을 심사하였다.

8.2 위원회는 당사국의 의무적 HIV 및 마약류 검사 정책이 규약 제2조 제1항과 제26항에 보장된 차별받지 않을 권리를 침해했을 뿐만 아니라 규약 제17조에 보장된 사생활에 대한 권리까지 침해한 것이라는 진정인의 주장에 주목한다. 진정인은 동 정책에 적법한 목적이 없으며, 합리적으로 필요하다고 볼만한 정당한 사유가 없다고 주장한다. 위원회는 법무부 지침이 원칙적으로 내부 지침에 불과하며 개인의 권리를 제한하는 법적 효과가 없고, 진정인과 같이 유효한 비자를 받아 이미 국내에 체류

하고 있는 외국인에 대해서는 HIV 및 마약류 검사 결과 제출 의무를 부과하고 있지 않으며, 자발적 상담과 검진을 권장하고 있을 뿐이라는 당사국의 주장에 주목한다. 2009. 2. 27. 진정인이 체류 연장을 신청했을 때 진정인은 HIV 및 마약류 검사 결과를 포함한 진단서를 제출해야 한다는 안내를 받았으며, 2009년 3월 30일과 31일 출입국관리당국은 진정인에 대한 체류연장허가 승인에 착오가 있었다고 밝히며 HIV 및 마약류 검사 결과를 제출해야 한다고 안내했고, 2009. 4. 1. 출입국관리사무직원이 진정인에게 요구 불응으로 체류기간 연장허가가 즉각 취소되었음을 안내하였다는 진정인의 주장을 참작한다. 또한 위원회는 출입국관리당국의 이와 같은 요청이 2009. 4. 4. 동 정책이 출입국관리법 시행규칙으로 제정되기 전이었다는 점에 주목한다.

8.3 위원회는 법무부에서 2007. 12. 10. 발간한 ‘원어민 회화지도(E-2) 사증제도 개선 안내’에 대한민국에 체류 중인 회화지도(E-2) 사증 소지자가 체류연장허가를 신청할 때 건강진단서를 제출해야 하며, 해당 진단서에는 TBPE 진단이나 카나비노이드 검사와 같은 마약복용 검사와 HIV 검사 결과가 포함되어 있어야 한다는 내용이 이미 명시되어 있었음에 주목한다. 2016. 9. 8. 국가인권위원회는 원어민 회화지도(E-2) 사증 소지자에게 지정 병원에서의 의무 검사 요건이 적용되었음을 확인했다. 2009년 4월 10일과 29일 출입국관리사무소에서 진정인에게 문건을 보내 출석을 요구했던 행위, 2009. 4. 30. 출입국관리사무소에서 진정인의 고용주에게 서한을 보내 진정인의 건강진단서 제출을 안내하라고 요구했던 행위, 해당 시점에 이미 출입국관리법 시행규칙 개정을 통해 의무적 HIV 및 마약류 검사가 법제화되어 있었다는 점에도 주목한다. 2011. 9. 29. 헌법재판소는 결정문에 청구인이 출입국관리사무소의 출석 요구에 응하였다면, 청구인 출석 시 피청구인이 건강진단확인서를 제출하라는 별도의 요구를 했었을 것이라는 예상이 가능하다고 판단했다. 제공된 정보를 바탕으로 위원회는 2007. 12. 당사국이 발행한 법무부 지침과 2009. 4. 4. 개정된 출입국관리법 시행규칙에 따라 비자 연장허가 신청 시 진정인이 의무적 HIV 및 마약류 검사의 대상이었다는 결론에 도달하였다.

8.4 위원회는 외국인의 입국 규제 시 당사국의 재량이 폭넓게 인정된다는 당사국의 주장과 E-2 비자 신청자에게 HIV 및 마약류 검사 결과가 포함된 신체검사결과서 제출을 요구한 것은 공중보건과 공공질서 유지라는 정당한 사유에 해당한다고 볼 수 있다는 당사국의 의견에 주목한다. 위원회는 자국 영토 내에 누구를 받아들일 것인가에 대한 결정은 원칙적으로 당사국의 몫임을 상기한다. 그러나 어떤 상황에서는, 예를 들어, 차별금지, 비인도적 처우의 금지, 가정생활에 대한 존중과 같은 문제가 대두될 경우 입국과 체류에 관련된 사항일지라도 외국인은 동 규약상의 보호를 향유할 수 있다.¹⁷⁾ 규약에 사용된 “차별”이라는 용어는 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적·비정치적 의견, 민족적·사회적 출신, 재산, 출생, 지위 등을 근거로 모든 사람이 대등한 위치에서 모든 자유와 권리를 인지, 향유, 행사하는 것을 막거나 무효화할 의도나 효력이 있는 구분, 배제, 제한, 특혜를 가리키는 것으로 이해되어야 한다.¹⁸⁾ 본건에서 의무적 HIV 및 마약류 검사 정책은 진정인과 같은 회화지도(E-2) 사증 신청자 및 소지자, 즉, 외국인 원어민 강사라 하는 이들에게 적용되었다. 동 정책은 진정인과 비슷한 직위에 있는 한국인·재외동포 교사에게는 적용되지 않았다. 동 정책에 따른 국적과 인종에 근거한 구분이 E-2 비자소지자인 진정인에게 직접적으로 영향을 끼쳤다.

8.5 이와 관련하여 위원회는 규약 제26조에 비추어 처우에 있어서의 구별이 모두 차별로 간주되는 것

17) 1986. 4. 11. 채택된 규약상 외국인의 지위에 관한 일반논평 제15호 문단 5

18) 1989. 11. 10. 채택된 차별금지에 관한 일반논평 제18호 문단 7

은 아니며, 규약의 규정에 부합하는 객관적이고 합리적인 근거에 기반을 둔 구별은 규약 제26조에서 금지하는 차별에 해당하지 않는다는 위원회의 이전 판단을 상기한다.¹⁹⁾ 위원회는 공중보건을 증진하고 공공질서를 유지하기 위하여 동 정책을 도입하였다는 당사국의 주장에 주목한다. 공중보건과 공공질서 유지라는 목적 하에 의무적 HIV 및 마약류 검사를 비슷한 직위에 있는 다른 이들에게는 요구하지 않고 재외동포가 아닌 외국인 원어민 강사라는 특정 집단에만 의무적으로 요구한 이유에 대하여 당사국이 정당한 설명을 하지 않았다는 점에 주목한다. HIV 관련 여행제재에 대한 국제 태스크포스에 따르면 HIV 관련 여행제재를 부과하는 국가 중 어떤 국가도 해당 제도가 정당하거나 합리적임을 보여주지 못했다.²⁰⁾ HIV/AIDS와 인권에 관한 국제 가이드라인에 따르면, 강압적인 공중보건 조치는 그러한 서비스를 가장 필요로 하는 이들을 내몰고, 행동변화, 보살핌, 의료지원을 통한 예방이라는 공중보건 목표 달성을 저해한다.²¹⁾ 2016. 12. 1. 진정인이 제출 서면에 인용한 UNAIDS 사무국의 다음 견해도 주목한다. “HIV 양성 판정을 받은 개인에 대한 일괄 추방 명령뿐만 아니라 특정 인구 집단에 대한 의무적·강제적 HIV 검사 역시 HIV 대응에 해로운 영향을 끼친다. 이동성이 높은 환경에서 공중보건을 증진하는 가장 효과적인 접근방식은 내외국인 구분 없이 모든 이들에게 예방, 치료, 관리, 지원에 대한 접근성을 보장하여 자발적인 HIV 검사와 상담을 유도하는 것이다.” ‘L.G. 대 대한민국’ 사건에서 의무적 검사 요구 정책은 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약에 의거한 당사국의 의무를 위배하여 인종, 피부색, 국적, 민족에 대한 구별 없이 보장되어야 할 노동권을 침해하였다고 본 인종차별철폐위원회의 견해도 주목한다.²²⁾ 위와 같은 여러 정황에 비추어, 본 위원회는 회화지도(E-2) 사증 신청자 및 소지자에 대한 의무적 HIV 및 마약류 검사가 객관적이고 합리적인 근거에 바탕을 두고 있거나 공중보건 및 공공질서 유지를 위한 목적임을 당사국이 충분히 증명하지 못했다고 판단한다. 따라서 위원회는 체류연장허가 신청과 관련하여 진정인에 대한 의무적 HIV 및 마약류 검사 결과 확인서 제출 요구가 규약 제26조에서 보장하는 권리의 침해에 해당한다는 결론을 내린다.

8.6. 위원회는 의무적 HIV 및 마약류 검사 정책이 규약 제17조에 명시된 사생활에 대한 권리의 자의적이고 비합리적인 침해라는 진정인의 주장에도 주목한다. 진정인의 HIV 감염 여부를 당사국에 공개하도록 요구한 점, 당사국 당국이 진정인에게 검사를 받으라는 압력을 가하고 이에 따르지 않을 시 비자를 취소하겠다고 협박한 점, HIV 및 마약류 검사가 몸수색 요건을 구성한다는 점을 들어 의무 검사 요구가 사생활에 대한 권리를 침해한다고 주장했다. 강제적 HIV 검사라 함은 당사자의 사전 동의 없는 검사를 일컬으며, 개인에 대한 직접 검사를 수반하지 않는 형태 외에는 사전 동의 없이 검사를 허용할 수 없다는 WHO와 UNAIDS의 견해도 주목한다. 위와 같은 사항을 고려하여 위원회는 외국인 교사가 비자를 갱신하려면 반드시 HIV 및 마약류 검사를 해야 한다는 요건은 규약 제17조에 보장된 사생활에 대한 권리의 침해를 구성한다고 본다. 쟁점은 규약 제17조에 비추어볼 때 이와 같은 침해가 자의적이고 비합법적인지 여부이다.

8.7 위원회는 사생활에 대한 권리에 관한 일반논평 제16호(1988)를 원용한다. 동 일반논평에서 “비합법적”이라 함은 “법률에서 명시한 경우를 제외하고는 절대 간섭할 수 없음”을 의미하는 것으로 정의

19) Zwaan-de Vries 대 네덜란드(CCPR/C/29/D/182/1984) 문단 13, Victor Drda 대

체코(CCPR/C/100/D/1581/2007) 문단 7.2, S.W.M. Broeks 대 네덜란드(CCPR/C/29/D/172/1984) 문단 13 및 14

20) UNAIDS 2008. 12. HIV 관련 여행제재에 대한 국제 태스크포스 보고서 문단 45

21) UNAIDS 및 OHCHR, 2006 HIV/AIDS와 인권에 대한 국제지침(2006 합본)(HR/PUB/06/09) 문단 96

22) L.G. 대 대한민국 문단 7.4

되어 있다. 위원회는 당사국이 최초로 회화지도 비자 갱신의 요건으로서 의무적 HIV 및 마약류 검사를 요구한 것이 2009년 2월의 일로, 2009년 4월 출입국관리법 시행규칙이 개정되어 동 요건이 법제화되기 두 달 전이었다는 진정인의 주장에 주목한다. 이에 대한 견해에서 당사국은 2007년 법무부 지침이 “법적 효과가 없는 내부 지침에 불과”하다고 밝혔다. 이에 따라 위원회는 2007년 동 정책이 도입된 시점에 진정인의 사생활에 대한 권리에 간섭할 수 있는 권한이 법률로 명시되어 있지 않았다는 결론을 내린다. 이와 별개로 2009년 4월 출입국관리법 시행규칙 개정을 통해 동 정책이 법제화됨에 따라 의무적 HIV 및 마약류 검사는 당사국 국내법상으로 합법화되었다.

8.8 또한 위원회는 법은 그 자체로 “규약의 규정, 의도, 목적에 부합해야 하며, 모든 경우에 그 특정 상황에서 타당한 것이어야 한다”는 점을 상기한다.²³⁾ 이에 따라 사생활이나 가정생활에 대한 간섭은 그러한 간섭이 추구하는 정당한 목적과 비례성을 갖추어야 하며 주어진 상황에서 필요한 것이어야 한다.²⁴⁾

8.9 동 사건과 관련하여 위원회는 “객관적이고 정당한 목적 하에 정책을 적용했다”는 당사국의 주장에 주목한다. 즉, 공중보건과 공공질서 유지를 위해 외국인의 출입국을 관리하기 위한 목적으로, 소변과 혈액 검사를 통해 적절한 방식으로 HIV 및 마약류 검사를 실시하였고, 개인 민감 정보 유출을 방지하기 위한 조치를 취하였으므로, 의무적 HIV 및 마약류 검사가 필요성과 비례성에 위배되지 않는다는 주장이다. 이와 관련하여 위원회는 HIV 양성 판정을 근거로 한 입국, 체류, 거주에 대한 제한이 공중보건을 증진한다는 증거는 없으며 그와 같은 제한이 오히려 공중보건에 해가 된다는 HIV 관련 여행제재에 대한 국제 태스크포스의 연구결과에 주목한다. 게다가 한국인 및 재외동포 교사에게는 동 정책이 적용되지 않았음을 간주할 때 E-2 비자 소지자와 신청자라는 특정 집단에만 의무적 HIV 및 마약류 검사를 요구한 것이 어떻게 공중보건과 공공질서 유지에 기여하였는지, 동 사건을 둘러싼 정황에 비추어 해당 조치가 어떻게 정당화될 수 있는지에 대하여 당사국이 설명을 하지 않았음에 주목한다. 따라서 위원회는 의무적 HIV 및 마약류 검사 정책이 규약 제17조로 보장되는 진정인의 권리를 침해한 것에 해당한다고 판단한다.

9. 본 위원회는 선택의정서 제5조 제4항에 따라 판단한바 규약 제17조와 제26조에 명시된 진정인의 권리를 당사국이 침해한 것으로 본다.

10. 규약 제2조 제3항 (a)호에 따라서 당사국은 진정인에게 실효성 있는 구제 조치를 취해야 한다. 규약에 보장된 권리를 침해당한 개인들에게 온전한 보상을 제공해야 한다. 당사국은 그 중에서도 특히 진정인에게 반드시 적절한 보상을 제공해야 한다. 당사국은 규약에 준하도록 법제를 정비하는 등 향후 유사한 권리 침해가 일어나지 않도록 조치를 취해야 한다. 즉, 의무적·강제적 형태의 HIV 및 마약류 검사 요건을 폐지해야 하고, 이미 폐지하였다면 재도입하지 말아야 한다.

11. 선택의정서의 당사국이 됨과 동시에 당사국은 규약 위반이 있었는지 여부를 결정할 수 있는 위원회의 권한을 인정한 것이다. 당사국은 규약 제2조에 따라서 당사국 영토나 관할권 내의 모든 개인에게 규약에서 인정하는 권리를 보장해야 하며, 위원회가 규약 위반을 확인할 시 실효성 있고 집행 가능한 구제조치를 취해야 한다. 위원회의 견해를 이행하기 위하여 당사국이 취한 조치에 대한 정보를 당사국이 위원회로 180일 이내에 송부하기 바란다. 또한 당사국이 위원회의 동 견해를 당사국 공식 언어로 공표하고 널리 배포할 것을 요청한다.

23) 자유권규약위원회의 일반논평 제16호 문단 4 참고

24) Toonen 대 호주(CCPR/C/50/D/488/1992) 문단 8.3 참고

United Nations

CCPR/C/123/D/2273/2013



International Covenant on Civil and Political Rights

Distr.: General
31 July 2018

Original: English

Advance unedited version

Human Rights Committee

Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, concerning Communication No 2273/2013*,**

<i>Submitted by:</i>	Andrea Vandom (represented by Benjamin K. Wagner)
<i>Alleged victim:</i>	The author
<i>State Party:</i>	The Republic of Korea
<i>Date of communication:</i>	7 July 2013 (initial submission)
<i>Document references:</i>	Decision taken pursuant to rule 97 of the Committee's rules of procedure, transmitted to the State party on 18 July 2013 (not issued in document form)
<i>Date of adoption of views:</i>	12 July 2018
<i>Subject matter:</i>	Mandatory HIV and drug testing for visa extension
<i>Procedural issues:</i>	Exhaustion of domestic remedies; level of substantiation of claims; abuse of right of submission
<i>Substantive issues:</i>	Right to an effective remedy; equality before the law; right to privacy; discrimination on the ground of nationality and race
<i>Articles of the Covenant:</i>	2; 14(1); 17 and 26
<i>Articles of the Optional Protocol:</i>	2, 3 and 5 (2) (b)

1. The author of the communication is Andrea Vandom, an American national born on 8 September 1978. She claims that the Republic of Korea has violated her

* Adopted by the Committee at its 123th session (2-27 July 2018).

** The following members of the Committee participated in the examination of the communication: Tania María Abdo Rocholl, Yadh Ben Achour, Ilze Brands Kehris, Sarah Cleveland, Ahmed Amin Fathalla, Olivier de Frouville, Christof Heyns, Bamariam Koita, Marcia Kran, Mauro Politi, José Manuel Santos Pais, Yuval Shany and Margo Waterval

rights under articles 2, 14(1), 17 and 26 of the Covenant. The Optional Protocol entered into force for the State party on 10 July 1990. The author is represented by counsel.

The facts as submitted by the author

2.1 In March 2006, the author was hired by a private university as an English teacher in the Korean town of Anseong. She has a Master's degree of Arts in education and is a licensed teacher in California. In the United States she taught children, but in the Republic of Korea she was teaching English as a foreign language to university students.

2.2 On 15 December 2007, the Korean Ministry of Justice implemented a policy requiring teachers who were not nationals of the State party and who were not of Korean ethnicity to submit mandatory HIV and drug test results as a pre-condition to have their visa approved. Under the policy, a two-step verification process was set up. In the first step, foreign teachers applying for "E-2 foreign language teaching visas" from overseas were required to fill out a questionnaire called the "E-2 Applicant's Health Statement". According to immigration regulations, all foreigners had to complete an alien registration process within 90 days of entering the State party. At the time of registration, holders of E-2 visas were required to submit health certificates obtained from a hospital designated by the government, demonstrating the bearer to be drug-free and HIV/AIDS-negative. E-2 visa holders who successfully completed the alien registration process received identification cards, while those who failed the HIV and drug tests had their E-2 visas cancelled and were deported. The mandatory testing requirement also applied to E-2 visa holders already in the country who applied for an extensions of their existing visas. The author argues that when the authorities began to use the new E-2 visa procedure in 2007 it was merely a policy memo¹ without legal status. She notes that the policy was not promulgated as an immigration regulation until 4 April 2009, when article 76(1) of the Immigration Law Enforcement Regulation was amended. She refers to a similar case by the Constitutional Court in which the Court found that under constitutional law a National Assembly Act was required to limit the right to equal treatment in the workplace, where such rights were capable of limitation, and that a mere administrative regulation was not sufficient.² Before challenges raised as to whether the restrictions imposed under the policy could be implemented, the Ministry of Justice declared that the policy memo had enough legal authority, as it had been issued by the Ministry of Justice on behalf of the government. As the E-2 visa measures were being introduced, some 20,000 foreign teachers began undergoing mandatory in-country HIV and drug tests, many of whom had lived and worked in the country for years.

2.3 Teachers who were nationals of the Republic of Korea were exempt from the mandatory HIV and drug tests. Teachers of Korean ethnicity who were not nationals of the Republic of Korea were also exempt from the mandatory testing. Their Korean ethnicity entitled them to the legal status of "overseas Koreans" meaning they were able to receive F-4 visas, for which there was no requirement that the visa-holders undergo mandatory HIV and drug tests.

2.4 The author argues that the intent of the State party in creating the E-2 visa policy, was to reinforce negative beliefs about the moral character of non-Korean teachers. Its effect was that foreign teachers started to be profiled in the news media as criminal suspects and to be singled out from colleagues of Korean nationality or ethnicity. Statements from the government confirm that the tests were in place for

¹ In its observations on the admissibility and merits of the communication the State party argues that the correct translation is not "policy memo" but "guidelines".

² Decision of 20 August 2007, 2004-HunMa-670.

wholly symbolic reasons and not because of public health concerns, fears of accidental transmission, or public ignorance concerning the routes of infection.

2.5 On 27 February 2009, the author attempted to renew her E-2 visa at the Immigration Office in Suwon. An immigration officer gave the author a temporary 30-day stamp and informed her that in order to extend the visa, she had to return with a health certificate containing the results of in-country drug and HIV tests. On 25 March 2009, the author presented a written statement explaining that she refused to undergo the drug and HIV testing because she found it to be discriminatory and a violation of her rights to privacy and personal dignity. The Immigration Officer read the author's statement and extended her visa for one year.

2.6 On 30 and 31 March 2009, the immigration authorities informed the author by phone and by using her university employer as an intermediary that her visa had been extended in error, and requested the author to undergo the medical tests. She was also told that if she refused, she would face visa cancellation, arrest and loss of employment. On 1 April 2009, an immigration officer informed the author by phone that in light of her non-compliance with her obligation to undergo the compulsory test, her visa extension would be immediately cancelled.

2.7 By letters sent on 10 and 29 April 2009, the author was convoked by summons to appear before the Immigration Office, in connection with a suspected violation of immigration law. On the advice of counsel, the author did not appear on either occasions. On 30 April 2009, the Immigration Office sent a letter to the author's employer urging the authorities of the University to guide her "to submit her health check report, so that she may continue teaching". The university pressured the author into complying with the demand. She was told by university officials that her position at the university would be terminated if she did not submit the HIV and drug test results. When the author explained that she would not submit the test results even if that meant losing her job, university officials told her that by refusing to cooperate she was also endangering the positions of her foreign colleagues. University officials also began informing her foreign colleagues that the author was causing some trouble that would affect them by refusing to submit the test results. Feeling pressured by the university to submit to the testing, the author tendered her resignation in mid-July 2009 and left the Republic of Korea on 31 July 2009. Despite having exited the country through proper immigration channels, which involved surrendering her ID card, media reports quoting government officials described her as "being sought" by immigration authorities.

2.8 Before leaving the country, the author filed a petition against the State party before the Constitutional Court. The subject matter of the complaint was whether the summons to appear before the Immigration Office, the letter sent by the Immigration Office to the author's place of employment and the mandatory in-country HIV/AIDS and drug testing of article 76(1) of the Immigration Law Enforcement Regulation violated her fundamental rights. On 29 September 2011, the Constitutional Court dismissed her petition. The Court found that the two requests made by the Chief of the Suwon Immigration Office merely required the author to report to the immigration office, without any mention of submitting HIV and drug testing examination documents. It noted that it could be assumed that such a request to submit examination documents would be made at a later stage, but that the duty to submit said documents was "imposed by a separate requirement and not by this request for her attendance". It further found that the letter sent to the author's university only requested the university to guide or advise her in making an appearance at the Immigration Office, and furthermore, that the recipient of said letter was not the author herself but her university. The Court concluded that the action of sending the letter had no legal effect that obligated the author to submit the documents, and that consequently actions taken by the Immigration Office could not be seen as an intrusive exercise of the government's authority on the author's fundamental rights. The Court further noted that article 76(1) of the Immigration Law Enforcement Regulations stipulated that an applicant's health statement must include

the disclosure of HIV status and illegal drug use information as a requirement when issuing a visa. It found that the author however, had already entered the country with an E-2 visa and was only requesting an extension of her stay, and that this excluded her from the class of individuals within the purview of article 76(1) and that she therefore lacked standing to challenge the regulation requiring mandatory HIV and drug test requirements. The Court found that the author had “incorrectly designated the subject for judgment”. It noted that she had submitted her request to extend her stay for another year on 27 February 2009 at the Suwon Immigration Office. After an immigration office official provisionally accepted the request, the immigration office later required her to supplement her documents with the health examination certificate by 30 March 2009. The Court noted that it could *sua sponte* change the subject matter of the complaint so that the request for supplementation could be considered, but found that such amendment was not relevant as it would entail the finding that the supplementary complaint could not be filed within the 90-day deadline.

The Complaint

3.1 The author claims that the State party violated her rights under articles 2, 14, 17, and 26 of the Covenant. She argues that protecting human rights is an essential part of preventing HIV/AIDS. She refers to reports and statements of the World Health Organization stating that “no screening programme of international travellers can prevent the introduction and spread of HIV infection”³ and that “there is no public health rationale for any measures that limit the rights of the individual, notably measures establishing mandatory screening”.⁴ The author also refers to the International Labour Organization (ILO) Recommendation 200 in which it is noted that “no workers should be required to undertake an HIV test or disclose their HIV status” and that “there should be no discrimination against or stigmatization of workers, in particular jobseekers and job applicants, on the grounds of real or perceived HIV status or the fact that they belong to regions of the world or segments of the population perceived to be at greater risk of or more vulnerable to HIV infection”.⁵

3.2 The author claims that the State party’s mandatory in-country HIV testing policy violated her right to non-discriminatory treatment under articles 2 and 26 of the Covenant. She argues that this policy impermissibly discriminated against her on the basis of nationality and ethnicity and that the policy was discriminatory in intent, as it resulted from animus towards foreign teachers, had no legitimate purpose and could not be justified as reasonably necessary. Because the mandatory testing was only required of members of a perceived high-risk group, namely foreign teachers of non-Korean ethnicity, the author asserts that the testing policy was predicated on the presumption that she was HIV-positive. The author argues that the State party subjects persons actually living with HIV to discriminatory treatment such as exclusion from or loss of employment, visa cancellation and deportation from the country. She claims that she in fact suffered such consequences as a result of the mandatory HIV-testing policy that presumed her to be HIV-positive.

3.3 The author further claims that the mandatory HIV testing policy was an arbitrary and unreasonable interference with her right to privacy under article 17 of the Covenant. The author argues that the HIV testing policy and the State party’s actions to enforce this policy violated her privacy right because: the policy required the author to disclose her HIV status to the State party; the State party attempted to force the author to undergo HIV testing on the basis of the issued policy memo, prior

³ Report of the Consultation on International Travel and HIV Infection, 2-3 March, 1987 World Health Organization, Special Programme on AIDS.

⁴ Global strategy for the prevention and control of AIDS, WHA45.35, Forty-fifth World Health Assembly, Geneva, 4-14 May, 1992.

⁵ International Labour Organization (ILO), Recommendation 200: Recommendation concerning HIV and AIDS and the world of work, 6 July, 2010.

to it being promulgated as an immigration regulation; the State party sent the author's employer a report on the author and pressured the employer to oblige her to undergo testing; the State party made phone calls threatening the author with deportation and visa cancellation; and the State party made public statements naming the author and stating that she was being sought, and that her visa was no longer valid.

3.4 The author also claims that the mandatory in-country drug testing policy and regulations violated her rights to non-discriminatory treatment and privacy under articles 26, 2 and 17 of the Covenant. She notes that unlike mandatory HIV testing, in certain circumstances mandatory drug testing may be justified as an occupational requirement, such as drug tests for workers in safety sensitive positions. She argues that teaching however, is not generally viewed as a safety sensitive position that would allow for mandatory drug testing. She further notes that teachers of Korean nationality or ethnicity were not subjected to the policy. She refers to the ILO's 'Code of Practice on the Management of Alcohol and Drug-related Issues in the Workplace', in which it is stated that "[a]lcohol and drug policies and programmes should apply to all staff, managers and employees and should not discriminate on grounds of race, colour, sex, religion, political opinion, national extraction or social origin".⁶ The author argues that the discriminatory application of the drug-testing policy is a violation of her rights under articles 26 and 2 of the Covenant. She further argues that as the drug testing constitutes a body search, it amounts to an unlawful and arbitrary interference of her rights under article 17 of the Covenant.

3.5 The author also claims that by dismissing her petition without examining it on the merits, the Constitutional Court violated her rights under articles 26, 2(2-3) and 14 of the Covenant. She further claims that her right under article 26 to equal and effective protection of the law was violated, as the Court refused to substantively examine her petition, although it had substantively examined a similar petition filed by an ethnically Korean foreigner.⁷ She argues that her arguments is substantially similar to that made by the petitioner in that case, namely that she was treated discriminatorily in relation to the citizens of the State party, but also in relation to other non-citizens.

State party's observations on the admissibility and merits

4.1 In its observations on the admissibility and merits of the communication dated 23 April 2014, the State party submits that the author is unclear and vague as to the actions of State party's authorities that she considers amounts to a violation of the Covenant. It further argues that the author has not specified relevant policies or regulations or specific actions or omission of the State party that would amount to a violation of her rights under the Covenant, but has rather referred to media reports and statements by unidentified persons. The State party further submits that, according to the author, she was "summoned" to appear before the Immigration Office, but that the correct translation should be "request to appear". It considers that the use of the word "summons" in the complaint mistakenly conjures a sense of compulsory legal effect in cases of non-compliance. The State party therefore considers that the author has abused the right of submission of the communication as she has failed to substantiate her allegations.

4.2 The State party also submits that the communication is inadmissible for failure to exhaust domestic remedies pursuant to article 5 (2) (b) of the Optional Protocol. It

⁶ International Labour Organization, Code of Practice: Management of alcohol and drug-related issues in the workplace, Jun. 25, 1999.

⁷ The author refers to a decision of the Constitutional Court of 12 November 2001, 99Hun-ma494, in which a Chinese petitioner claimed that as an ethnic Korean he was entitled to the same type of F-4 visa as ethnic Koreans from nations such as the U.S., Canada and Japan, but because he was from China, the Korean government had discriminatorily deprived him of such a visa. The Constitutional Court found in favour of the petitioner concluding that the government had violated both his right to equality and his right to human dignity.

notes the author's argument that the guidelines issued by the Ministry of Justice in 2007 had the legal effect of limiting her rights. The State party submits that the guidelines were, in principle, mere internal guidelines which had no legal effects to limit rights of individuals. It argues that if the author considers that the guidelines were applied in her case and violated her rights, then she is entitled to submit a constitutional complaint in that regard. It argues that the complaint the author submitted in 2009 was not a constitutional complaint against the guidelines of the Ministry of Justice, but rather a constitutional complaint against the Immigration Office's request to appear and article 76(1) of the Immigration Law Enforcement Regulation. It notes that the Court dismissed her complaint as the request to appear did not entail an obligation to submit health-check documents and was thus not an exercise of public power and as the immigration regulation did not apply to the author as she was applying for an extension of stay.

4.3 As to the merits of the communication, the State party argues that international law recognizes a wide range of discretion of States in regulating the entry of non-nationals based on reasons such as criminal records, previous violations of immigration regulations, national security, public health, risks of illegal employment or economic concerns. It submits that the requirement of a submission of a health check document that includes HIV test results for certain non-nationals applying for a stay of more than 90 days, falls under the legitimate aims of protecting public health and maintaining public order. This requirement is limited to applicants in a profession that involves a confined environment and contact with minors, such as E-2 visa applicants as well as E-6 visa applicants (entertainment), E-10 (vessel crew), D-3 (industrial trainee), E-7 (teachers in foreign educational facilities) and E-9 (non-professional employment). As the requirement applies to all applicants for said visas, it is not discriminatory in nature.

4.4 The State party further submits that non-nationals, like the author, who were already in the country with a valid visa were not under a mandatory requirement to submit HIV or drug tests, but were merely encouraged to voluntary consultation and examination. It argues that the author's assertion that she was discriminated against compared to non-national ethnic Koreans is incorrect as under the E-2 visa procedure, non-national ethnic Koreans were subject to the same testing requirement. It notes that the F-4 visa is granted by virtue of the historical legacy of the Korean peninsula and is extended to persons who used to have a Korean nationality or whose parents or grandparents were Korean nationals. It submits that this difference in treatment is based on objective and reasonable grounds.

4.5 As concerns the author's claims under article 17, the State party submits that the request to submit health-check documents was based on guidelines by the Ministry of Justice under the Immigration Control Act and that accordingly, it cannot be regarded as an illegal request with no legal grounds. It also argues that the measure was imposed for an objective and just purpose, namely managing the entry and stay of foreigners in order to maintain public health and public order. Teachers, who educate and interact with children, should be subject to higher professional standards, which is why they are requested to submit health-check documents not applicable to other categories of visa applicants. The tests are conducted with appropriate methods through a urine and blood test and measures have been taken to prevent any disclosure of sensitive personal information. The requirement that E-2 visa applicants submit a HIV and drug test therefore satisfies the standards of necessity and proportionality and does not amount to a violation of article 17 of the Covenant.

4.6 The State party further notes the author's claim that by dismissing her petition, the Constitutional Court violated her rights under articles 14, 2 and 26 of the Covenant. It argues that in order to substantiate her claim of discrimination in the right to a fair trial, the author must demonstrate that the Court denied her the right to equality before the law, or that she was disadvantaged in the legal proceedings due to her status as a non-national. The State party argues that the Court acknowledged the author's entitlement to fundamental rights, and examined her complaint. It notes that

the Court considered the possibility to rectify *suo moto* the author's inadmissible claims but that this could not be done as the complaint had not been filed within the 90-day deadline.

4.7 The State party also provides information on changes to legislation on immigration. It notes that with respect to a non-national's entry and stay, the Ministry of Justice has issued amended guidelines, namely the 2010 'Partial Amendment to E-2 visa issuance and stay management guidelines'. Under these guidelines, officials shall not deny visa issuance, null the permission to stay, or order deportation for the sole reason of HIV/AIDS infection and the decision on whether to permit entry or extend stay is determined on an individual basis, taking into account the circumstances of the case. The State party submits that these changes should be taken into account in reviewing the communication.

Authors' comments on the State party's observations

5.1 On 14 January 2015, the author submitted her comments on the State party's observations. She maintains that the communication is admissible and that she has clearly identified the actions and inactions of the State party which give rise to violations of the Covenant. She refers to her submission of 7 July 2013 and notes that the 2007 Ministry of Justice policy memo contained a document called the 'E-2 Applicant's Health Statement' and argues that this document triggered the mandatory in-country HIV and drug testing requirements. She further refers to a document published by the Ministry of Justice in English on 10 December 2007 titled 'New Changes on the E2 Teaching Visa Holders in Korea' in which it is stated that "[t]hose E2 teaching visa holders, who are already in Korea, need to submit their health certificate when applying for the extension of their residence in Korea. Those who are newly applying for E2 teaching visa need to submit their health certificate when applying for alien registration to the Immigration Office in Korea."

5.2 As concerns the State party's argument regarding the documents sent to her by the Immigration Office on 10 and 29 April 2009, the author notes that the translation of the document was not done by her but by the Immigration Office itself, as such it was the Immigration Office who labelled the document as a summon.

5.3 The author maintains that she has exhausted all available domestic remedies. She notes the State party's argument that the communication should be held inadmissible as her constitutional complaint was brought against the immigration regulations and not the policy memo. She considers that this assertion is inaccurate because her claim before the Court was that, prior to the enactment of the mandatory testing requirement in immigration regulation, the demands for her to submit health certificates were made under a policy memo, while after said enactment the demands were made under the immigration regulations. She further argues that the State party has failed to show how a complaint brought against the policy memo could have had any reasonable chance of success as the language of this memo was identical to that in the immigration regulation.

5.4 Regarding the State party's observations on the merits, the author refers to and reiterates her submission of 7 July 2013. As concerns the State party's argument that the medical information of E-2 visa holders is managed so as to prevent disclosure of sensitive information, the author notes that no information has been provided by the State party as to how such data is processed, stored, transferred or whether required protections are in place.

Author's further submissions

6.1 In a further submission dated 21 September 2016, the author notes that in a 2016 submission for the fourth periodic report of the State party before the Committee, the National Human Rights Commission of the Republic of Korea (NHRCK) confirmed that mandatory HIV testing was still required of E-2 visa

holders.⁸ She further notes the decision of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination in *L.G. v. the Republic of Korea* where the Committee found that the Korean government's practice of exempting persons of Korean nationality or ethnicity from the HIV/AIDS and drug testing requirement, while subjecting foreign instructors to mandatory testing, amounted to racial discrimination.⁹

6.2 On 1 December 2016, the author submitted a brief of the Secretariat of the Joint United Nations Programme on HIV/AIDS. The UNAIDS Secretariat expresses the view that: blanket deportation of foreign nationals living with HIV and other forms of HIV-related restrictions on the entry, stay and residence of people living with HIV is contrary to international human rights obligations; that evidence from various regions of the world shows that mandatory and other coercive forms of HIV testing targeting specific population groups as well as blanket deportation of HIV-positive individuals are harmful for the response to HIV; and that voluntary HIV testing and counselling, together with access to prevention, treatment, care and support for all individuals including non-nationals, is the most effective approach to promote public health in the context of mobility.

6.3 The UNAIDS Secretariat notes that mandatory HIV testing refers to testing that is conducted on a person without their informed consent and that according to WHO and UNAIDS, the only acceptable forms of testing without informed consent are those that do not involve the direct testing of individuals.¹⁰ It notes that UN treaty bodies have recognised that health status, including real or perceived HIV status, is a prohibited ground of discrimination under international law¹¹ and that in the context of international movement of persons, the International Task Team on HIV-related Travel Restrictions has found that "restrictions on entry, stay and residence based on HIV status alone amount to differential and discriminatory treatment of HIV-positive people and inequality before the law".¹² The submission further highlights that it has long been recognised that HIV cannot be spread by airborne particles or by casual contact. The routes of HIV transmission are very specific and involve unprotected sexual intercourse with an HIV-positive person; injection with HIV-contaminated needles, syringes, blood or blood products; and from an HIV-positive mother to her foetus in utero through *intrapartum* inoculation from mother to infant or during breast-feeding. As a result, HIV does not fall into the category of health conditions for which limitation of movements under the International Health Regulations are applicable.¹³ It also notes that more than 30 years of experience on HIV from all regions of the world have shown that mandatory HIV testing and other forms of coercive HIV testing have direct and negative impacts on the response to HIV.¹⁴ Mandatory HIV testing often targets vulnerable and marginalised populations,

⁸ Independent Report of National Human Rights Commission of Korea For Consideration of Fourth Periodic Report of State to United Nations Human Rights Committee, p.19, Section 8, Issue 19-1.

⁹ *L.G. v. the Republic of Korea* (CERD/C/86/D/51/2012).

¹⁰ World Health Organization, Statement on HIV testing and counselling: WHO, UNAIDS reaffirm opposition to mandatory HIV testing, 2012.

¹¹ Reference is made to the Committee's General Comment no 18 on Non-Discrimination, adopted 10 November 1989, paras 7 and 135; the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment 20 on non-discrimination, 2009, para 33; CESCR General Comment 22, 2016, para 30; *L.G. v. the Republic of Korea* (CERD/C/86/D/51/2012); Committee on the Elimination of Discrimination against Women, Concluding observations on the initial report of Qatar, CEDAW/C/QAT/CO/1, 10 March 2014, para 40(b); and Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Concluding observations on the second periodic report of the Philippines, CMW/C/PHL/CO/2, 2 May 2014, para 11.

¹² UNAIDS, Report of the International Task Team on HIV-Related Travel Restrictions, December 2008, para 45.

¹³ World Health Organization, International Health Regulations, 2005, third edition.

¹⁴ UNAIDS and OHCHR, International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights, 2006 Consolidated Version, (HR/PUB/06/09), 2006, para 96.

including migrants, and there is no evidence that it advances public health objectives. On the contrary, several studies and experts have highlighted the negative public health impact of this practice.¹⁵ It further notes that a serious concern associated with mandatory HIV testing for foreign nationals is that it perpetuates misconceptions that HIV is mainly transmitted by foreign nationals and that the imposition of restrictions to the entry, stay and residence for HIV positive migrants is necessary and sufficient to address the epidemic. The UNAIDS Secretariat considers that mandatory HIV testing, including of foreign nationals, infringe upon human rights, undermine the effectiveness of HIV programmes and may create a false sense of security among nationals that is detrimental to HIV prevention efforts. The UNAIDS Secretariat stresses that the protection of human rights, including the rights to autonomy and informed consent in the context of HIV services and programmes, is essential to effective responses and that countries should therefore rely on voluntary, non-discriminatory and rights-based approaches to HIV, including in the context of HIV testing.

6.4 In her submission of 1 December 2016 the author further notes that following the Committee on the Elimination of Racial Discrimination's decision in *L.G. v. Republic of Korea*,¹⁶ the NHRCK issued a decision on the mandatory HIV testing of E-2 visa holders on 8 September 2016. The NHRCK confirmed that Korean teachers and ethnically Korean foreign language teachers were exempted from mandatory HIV testing, while foreign E-2 visa holders were under the obligation to undergo such testing. The NHRCK found that the mandatory test practice constituted racial discrimination under article 11 of the Constitution and article 26 of the Covenant and that it could constitute a discriminatory act based on medical history.

6.5 In a further submission of 26 July 2017, the author informed that on 8 July 2017, the Ministry of Justice of the Republic of Korea had announced that the mandatory HIV test requirement for E-2 visa holders had been eliminated, she however notes that the mandatory in-country drug testing requirement had been maintained.

Issues and proceedings before the Committee

Consideration of admissibility

7.1 Before considering any claims contained in a communication, the Committee must decide, in accordance with rule 93 of its rules of procedure, whether or not it is admissible under the Optional Protocol to the Covenant.

7.2 The Committee has ascertained, as required under article 5(2)(a) of the Optional Protocol, that the same matter is not being examined under another procedure of international investigation or settlement.

7.3 The Committee notes the State party's submission that the communication should be held inadmissible for failure to exhaust domestic remedies pursuant to article 5(2) (b) of the Optional Protocol. The Committee recalls its jurisprudence to the effect that authors must avail themselves of all domestic remedies in order to fulfil the requirement of article 5(2) (b) of the Optional Protocol, insofar as such remedies appear to be effective in the given case and are de facto available to the author. It notes the State party's argument that the author could have submitted a constitutional complaint before the Constitutional Court, against the guidelines/policy memo issued by the Ministry of Justice in 2007. The Committee notes that prior to leaving the State party, the author submitted a complaint before the Constitutional Court which was dismissed on 29 September 2011, the subject matter of which was noted in the decision of the Court as being whether the requests to appear before the Immigration

¹⁵ UNAIDS, Report of the International Task Team on HIV-Related Travel Restrictions, December 2008, para. 35.

¹⁶ *L.G. v. the Republic of Korea* (CERD/C/86/D/51/2012).

Office, the letter sent by the Immigration Office to the author's place of employment and the mandatory in-country HIV and drug testing of article 76(1) of the Immigration Law Enforcement Regulation amounted to a violation of her rights to privacy, equality, and human dignity. Taking into account the fact that the author has challenged the mandatory testing requirement under article 76(1) of the Immigration Law Enforcement Regulation before the Constitutional Court, as well as her unrefuted argument that the language of the policy memo was identical to that of the challenged immigration regulation, the Committee considers that it is not precluded by article 5(2) (b) of the Optional Protocol from examining the complaint.

7.4 The Committee further notes the State party's argument that the communication constitutes "an abuse of the right to submission" as the author has not specified the specific actions or omission of the State party that would amount to a violation of her rights and as she allegedly did not correctly translate the documents sent to her by the Immigration Office on 10 and 29 April 2009. In this connection, the State party submits that these documents should be translated as "requests to appear" and not "a summon". The Committee however notes that the documents in question were drafted in both Korean and English and that the English version of the documents is labelled as a "summon". As concerns the State party's submission that the author did not sufficiently substantiate her claims, the Committee notes her arguments to sustain that the HIV and drug testing policy violated her right to non-discriminatory treatment and right to privacy and led to her loss of employment and having to leave the State party. In view thereof, the Committee considers that the author has sufficiently substantiated her claims under article 17 and article 26 read alone and in conjunction with article 2 (1), for the purposes of admissibility.

7.5 The Committee further notes the author's claims that by dismissing her petition without examining it on the merits, the Constitutional Court violated her rights under articles 14, 26, and 2(2-3) of the Covenant. The Committee however notes that the author has not provided any information that would enable it to conclude that she was denied a fair trial, denied the right to equality before the Court, or disadvantaged in the proceedings on the basis of nationality or ethnicity. Accordingly, the Committee declares this part of the communication inadmissible under article 2 of the Optional Protocol.

7.6 In the absence of any other challenges to the admissibility of the communication, the Committee declares the communication admissible insofar as it concerns the author's claims under article 17 and article 26 read alone and in conjunction with article 2 (1) of the Covenant, and proceeds with their consideration on the merits.

Consideration of the merits

8.1 The Human Rights Committee has considered the communication in the light of all the information made available to it by the parties, as provided for under article 5(1) of the Optional Protocol.

8.2 The Committee notes the author's claim that the State party's mandatory in-country HIV and drug testing policy violated her right to non-discriminatory treatment under articles 2 (1) and 26 of the Covenant, as well as her right to privacy under article 17 of the Covenant. It further notes her argument that the policy had no legitimate purpose and could not be justified as reasonably necessary. The Committee notes the State party's argument that the guidelines/policy memo were mere internal guidelines which had no legal effects to limit rights of individuals and that non-nationals, like the author, who were already in the country with a valid visa were not under a mandatory requirement to submit HIV or drug tests, but were merely encouraged to voluntary consultation and examination. It notes the author's assertion that when she requested an extension of her visa on 27 February 2009, she was informed that she had to submit a health certificate containing the results of in-country drug and HIV tests; that on 30 and 31 March 2009 she was informed by the

immigration authorities that her visa had been extended in error and that she had to submit the in-country drug and HIV tests; and that on 1 April 2009, she was informed by an Immigration Officer that in light of her non-compliance, her visa extension would be immediately cancelled. The Committee further notes that these requests were communicated to the author prior to the enactment of the visa policy in immigration regulations on 4 April 2009.

8.3 The Committee also notes that the statement published by the Ministry of Justice on 10 December 2007 titled ‘New Changes on the E2 Teaching Visa Holders in Korea’ stated that E-2 visa holders, who were already in Korea, had to submit a health certificate when applying for the extension of their residence in Korea and that said certificates had to include a “TBPE diagnosis or cannabinoid test about drug use” and an “HIV test”. The Committee also notes the decision of the NHRCK of 8 September 2016 according to which foreign E-2 visa holders were under an obligation to undergo mandatory in-country testing. The Committee further notes that the documents sent to the author requesting her to appear at the Immigration Office were sent on 10 and 29 April 2009, and that the letters sent by the Immigration Office to her employer asking it to guide the author to submit a health certificate was sent on 30 April 2009, at which point the mandatory HIV and drug test policy had been enacted through amendments to the Immigration Law Enforcement Regulation. The Committee further notes that in its decision of 29 September 2011, the Constitutional Court found that “[i]f the plaintiff had appeared at the Immigration Office, it can be expected that the defendant would have made a separate request at the time of appearance to submit the health examination certificate”. The Committee therefore concludes, based on the information on file, that under the policy memo issued by the State party in December 2007 as well as under the Immigration Law Enforcement Regulation of 4 April 2009, the author was subject to mandatory HIV and drug testing in order to have her application for a visa extension approved.

8.4 The Committee further notes the State party’s argument that States enjoy discretion in regulating the entry of non-nationals and its argument that its policy requiring E-2 visa applicants to submit health check documents which included HIV and drug test results fell under the legitimate aims of protecting public health and maintaining public order. The Committee recalls that it is in principle a matter for a State party to decide who it will admit to its territory. It however recalls that in certain circumstances a non-national may enjoy the protection of the Covenant even in relation to entry or residence, for example, when considerations of non-discrimination, prohibition of inhuman treatment and respect for family life arise.¹⁷ The Committee further recalls that the term “discrimination” as used in the Covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms.¹⁸ In the present case the Committee notes that the mandatory HIV and drug testing policy applied to E-2 visa applicants and holders such as the author, namely non-national language instructors. However, the policy did not apply to teachers of Korean nationality or ethnicity in a similar position as the author. Under the policy, a distinction was thus made based on nationality and ethnicity, which directly affected the author as an E-2 visa holder.

8.5 In this connection, the Committee recalls its jurisprudence that not all differentiations in treatment can be deemed to be discriminatory under article 26 and that a differentiation which is compatible with the provisions of the Covenant and is

¹⁷ General Comment No. 15 on the Position of Aliens under the Covenant, adopted on 11 April 1986, para. 5.

¹⁸ General Comment No. 18 on Non-discrimination, adopted on 10 November 1989, para. 7.

based on objective and reasonable grounds does not amount to prohibited discrimination within the meaning of article 26.¹⁹ It notes the State party's argument that the policy was introduced as a measure to protect public health and maintain public order. However, the Committee also notes that the State party has not provided any justification as to the reason why the imposition of the mandatory HIV/AIDS and drug testing policy on the specific group of foreign language instructors of non-Korean ethnicity, but not on others is a similar position to them, would have been in the furtherance of protecting public health and maintaining public order. The Committee further notes that the International Task Team on HIV-related Travel Restrictions (Task Team) has found that no State that have enacted HIV-related travel restrictions had been able to demonstrate that they are justified and rational.²⁰ The Committee further notes that the 'International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights' provide that "it is evident that coercive public health measures drive away the people most in need of such services and fail to achieve their public health goals of prevention through behavioural change, care and health support".²¹ The Committee also notes the view expressed by the UNAIDS Secretariat in the author's submission of 1 December 2016 that mandatory and other coercive forms of HIV testing targeting specific population groups, and blanket deportation of HIV-positive individuals are harmful for the response to HIV and that voluntary HIV testing and counselling, together with access to prevention, treatment, care and support for all individuals including non-nationals, are the most effective approach to promote public health in the context of mobility. The Committee also notes the views of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination in *L.G. v. the Republic of Korea* in which that Committee found that the mandatory testing policy amounted to a violation of the right to work without distinction as to race, colour, national or ethnic origin, in violation of the State party's obligation under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.²² In light of these circumstances the Committee finds that the State party has not demonstrated that the mandatory HIV/AIDS and drug testing policy for E-2 visa holders and applicants were based on objective and reasonable grounds or in the interest of public health or public order. The Committee therefore concludes that requiring the author to submit a mandatory HIV/AIDS and drug test certificate in connection with her application for a visa extension amounted to a violation of her rights under article 26 of the Covenant.

8.6 The Committee further notes the author's claims that the mandatory HIV and drug testing policy amounted to an arbitrary and unreasonable interference with her right to privacy under article 17 of the Covenant. In this connection, it notes the author's argument that the tests violated her right to privacy because it required her to disclose her HIV status to the State party; the State party authorities pressured her to undergo such testing and threatened her with a visa cancellation if she did not comply; and the tests constituted a body search. The Committee also takes note of the view of WHO and UNAIDS that mandatory HIV testing refers to testing that is conducted on a person without their informed consent and that the only acceptable forms of testing without informed consent are those that do not involve the direct testing of individuals. In view thereof, the Committee considers that the compulsory HIV and drug test for the purpose of enabling the renewal of a visa for foreign teachers is sufficiently intrusive as to constitute an "interference" with the author's

¹⁹ See *Zwaan-de Vries v. the Netherlands* (CCPR/C/29/D/182/1984), para. 13; *Victor Drda v. the Czech Republic* (CCPR/C/100/D/1581/2007), para. 7.2; *S.W.M. Broeks v. the Netherlands* (CCPR/C/29/D/172/1984), para. 13; *L.G. Danning v. the Netherlands* (CCPR/C/29/D/180/1984), paras. 13 and 14.

²⁰ UNAIDS, *Report of the International Task Team on HIV-Related Travel Restrictions* (December 2008), para 45.

²¹ UNAIDS and OHCHR, *International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights*, 2006 Consolidated Version, (HR/PUB/06/09), 2006, para 96.

²² *L.G. v. the Republic of Korea*, para. 7.4.